

# “LA REVOCACION REAL”

## I.—CONCEPTO

**P**OR revocación real se entiende la que consiste en la destrucción intencionada del testamento por el testador.

Es una revocación que no se dice, sino que se hace.

## II.—LA REVOCACION REAL EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL HISTORICO

Hay Códigos que la acogen ampliamente. Así el B. G. B. dispone en su § 2.255 que queda revocado el testamento cuando el causante, con intención de invalidarlo, destruya la escritura de testamento o realice en ella modificaciones por las cuales suele expresarse la intención de invalidar una declaración de voluntad escrita. Y el Código italiano de 1942 (artículo 684) establece que el testamento ológrafo destruido roto o borrado en todo o en parte, se considera en todo o en parte revocado, salvo que se pruebe que la destrucción no procedió del testador o que éste no tuvo intención de revocarlo. Nada se dice de la rotura del abierto ni del cerrado, pero hay que advertir, respecto de éste, que solamente el retirarlo del poder del notario o depositario, implica revo-

cación, salvo que valga como ológrafo. De esa forma, pues, habiendo de preceder la retirada a la rotura, e implicando aquella revocación, no puede tener lugar la revocación real del testamento cerrado.

En otras legislaciones como la francesa, y la propia italiana de 1865, se guarda o se guardaba silencio sobre la revocación en estudio, y, ante él, la doctrina y jurisprudencia sigue o seguía fundamentalmente dos caminos:

1.º Entender que, como en principio, la revocación en materia testamentaria es acto solemne (Código italiano, artículo 917; Código francés, artículo 1.035), sólo en los casos excepcionales en que la propia ley lo establezca es admisible una revocación no solemne. Mas, entre estos casos no se cuenta la rotura del testamento. Luego no se admite la revocación real realizada por el testador.

2.º Entender que no obstante el silencio legal, esa rotura es un supuesto obvio (lo que explica el silencio legal) de revocación del testamento. Ahora bien, para unos, por tal procedimiento, sólo son revocables el testamento cerrado y el ológrafo, mientras que, para otros, incluso lo es el abierto, pues, aunque el original de éste quede en el protocolo notarial, podría el testador hacerse con él por cualquier procedimiento, y entonces, destruyéndolo, lo revocaría.

Entre ambos caminos también hay quien sigue otros intermedios. Pero a los efectos de señalar las líneas maestras entrar a ver qué otro sector de doctrina piensa que es inválido el testamento roto, pero no por revocación, sino porque la ley, para darle validez, presupone un testamento *normal* y *completo*, testamento que falta en el caso de rotura. Esta es cuestión a examinar después.

En cuanto al Derecho español, la revocación real se ha acogido, históricamente por las Partidas (P. 6, 1, 24), y, hoy en día, por el Código, en su artículo 742; pero en uno y otro caso reducida solamente al testamento cerrado, al menos según la letra de la ley.

Voy a exponer brevemente en primer término el texto legal alfonsino y el alcance dado al mismo por sus intérpretes, para pasar, después, a hacer lo mismo con el artículo 742 del

Código civil, mostrando, además, los problemas que plantea y sus posibles soluciones.

Decía la Partida 6.<sup>a</sup>, título 1, ley 24: «Quebrantando a sabiendas el facedor del testamento, alguno de los sellos de la carta, en que ante oviesse fecho su testamento en escrito, o tajando algunas de las cuerdas, o ravando las señales que oviesse fecho en la carta el escrivano público, o rompiéndolas, desátase el testamento por ello. Pero si fuesse provado, que alguna destas cosas sobredichas aviniessen en la carta del testamento, por ocasión, e que non fuese fecho a sabiendas, non se embargaría el testamento por ende».

La doctrina dominante —y me fijó en la más próximamente anterior a la aparición del Código, por cuanto era la más *actual* al publicarse éste— estimaba que, según el precepto de la P. 6, 1, 24, la rotura del testamento cerrado (y no se olvide que no existía el ológrafo), hecha voluntariamente por el testador, era revocatoria. Y, asimismo, valía revocación, la del testamento nuncupativo, redactado por escrito, e incluso de la copia del mismo, pero sólo cuando «estaba bien justificado que el testador había querido revocarlo». Debiéndose la mayor exigencia de esta justificación a que «el testamento nuncupativo *no puede* de la escritura como el cerrado».

Frente a esa doctrina, otros autores sostenían que la revocación por rotura sólo era aplicable al testamento cerrado, porque en el caso del nuncupativo el original quedaba en el protocolo del escribano.

### III. —LA REVOCACION REAL EN EL CODIGO CIVIL

Y llegamos al Código, de cuyo artículo 742 no interesan ahora ni las presunciones sobre quien fue el autor de la rotura ni las garantías que exige en orden a la autenticidad del testamento, pues sólo importa la afirmación de que siendo tal autor —consciente y voluntariamente— el testador, se presume revocado el testamento.

Evidentemente la letra de este artículo sólo alcanza a la rotura o desperfectos de la cubierta del testamento cerrado. Por lo cual conviene plantearse tres órdenes de supuestos ---los supuestos dudosos---, que abarquen respectivamente las roturas: 1.º, del propio testamento cerrado, y no ya de su cubierta; 2.º, del ológrafo; 3.º, del abierto..

Pero, antes, expondrá rápidamente las posiciones de doctrina y jurisprudencia.

Por lo que atañe a ésta, que es escasísima, tenemos dos fallos: una sentencia del T. S. de 5-VI-1925, y una resolución de la D. G. R. N. de 1-VI-1943.

La sentencia dice que «las prescripciones del artículo 742 que al efecto se indican... no son aplicables (al ológrafo, testamento sobre que versaba el pleito), por referirse tan sólo al testamento cerrado, y, por tanto, no pueden extenderse a otros testamentos ni a casos distintos de los que se indica».

Ahora bien, estas palabras de la sentencia se suelen citar a veces de una forma que provoca error, ya que traídas a colación al tratar de si puede revocarse, rompiéndolo, el testamento ológrafo, dan la idea de que el T. S. ha dicho que no, puesto que el primer párrafo del artículo 742 es una de las prescripciones de este artículo, y se denegaría su aplicación analógica (si de ésta puede hablarse cuando se contempla el supuesto de rotura de cubierta, de la que carece el testamento ológrafo), aplicación que daría lugar a la revocación por rotura del testamento ológrafo.

Mas, realmente, la sentencia citada, no pretende excluir de la revocación real al testamento ológrafo, sino que soluciona una cuestión distinta: se trataba de un *presunto* testamento ológrafo al que se afirmaba haber sido *suprimida* posteriormente la firma, y como quiera que se pretendía que fuesen aplicables las normas del artículo 742 relativas al supuesto de que el desperfecto hubiese ocurrido sin voluntad ni conocimiento del testador, el T. S. niega tal aplicabilidad. Luego sus palabras se enderezan no a declarar inaceptable la revocación real —por rotura o desperfectos— del testamento ológrafo, sino a declarar inaceptable que, existentes los desperfectos, pueda el testamento salvarse, probando que no proceden del testador, como pasa en el caso del cerrado.

En cuanto a la resolución de la D. G. R. N., se dice en ella: «La revocación de un testamento ológrafo o cerrado, por actos propios no solemnes del testador, tampoco se puede decir que rehabilite el testamento antrior, pues no hay una declaración expresa de voluntad, con arreglo al final del artículo 739».

Aunque la segunda parte del anterior pasaje, no importa a nuestro problema, en la primera se habla de «*revocación* de un testamento *ológrafo* o cerrado *por actos propios no solemnes* del testador». Frase que, sin duda, alude (o por lo menos comprende) a la revocación real.

Ahora bien, en el caso resuelto por este fallo, no se trataba de testamento ológrafo ni cerrado, y ni siquiera era preciso mezclar la revocación real. A ésta, pues, se alude sólo para sentar que no convalidaría el testamento derogado por el que se revoca. Y tal cosa se hace porque se estima que de esa afirmación puede deducirse argumento a favor de la tesis central sentada por la resolución. Pero lo cierto es que se presupone posible en nuestro Derecho la revocación real del testamento cerrado y del ológrafo.

Hasta aquí, la jurisprudencia. Por su lado la doctrina no es unánime:

Parte de ella opina que sólo es admisible la revocación real del testamento cerrado, pero no la del abierto ni la del ológrafo; de forma «que si éste aparece roto, no se entiende revocado y vale mientras conserve la firma, fecha y demás datos esenciales».

Otra parte —la mayor— cree revocables realmente el testamento cerrado (C. c. artículo 742), y, por analogía, el ológrafo, pero no el abierto, porque su original obra en el protocolo notarial, y no importa que se rompa cualquier copia.

Otra parte, piensa que la revocación real puede alcanzar no sólo a los testamentos ológrafos y cerrado, sino también a los abiertos en que no interviene Notario.

Otra parte —por último— opina que son revocables realmente todos los testamentos, incluso los abiertos, por entender que la razón analógica —analógica sobre el artículo 742— debe sobreponerse a cualquier otra consideración.

Después de ver la doctrina, yo, por mi parte, voy a daros mi opinión, que, razonaré, refutando, a la vez los argumentos, aducidos en pro de las tesis que rechazo:

No acepto más revocación real **segura** que la del testamento cerrado, mediante inutilización de su cubierta (al hablar de inutilización quiero referirme a todas las hipótesis contempladas en el artículo 742, párrafo 1.º) realizada *consciente y voluntariamente* por el testador.

Positivamente, a mi posición se ofrece apoyo sólido, suficiente para excluir los pretendidos argumentos de analogía, en los artículos 738 —«El testamento *no puede ser revocado* en todo ni en parte *sino con las solemnidades necesarias para testar*» — y 743 —«Caducarán los testamentos o *serán ineficaces* en todo o en parte las disposiciones testamentarias *sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*» —. Parece evidente que en cuanto la revocación real no reúne las solemnidades necesarias para testar, sólo podrá tener lugar en el caso de inutilización de la cubierta del testamento cerrado, realizada voluntariamente por el testador, por ser tal caso el único expresamente prevenido en el Código.

Y analicemos ahora la cuestión de la revocación del testamento ológrafo y de la del abierto, pero aludiendo antes el caso de rotura, no ya de la cubierta, sino del escrito interior del testamento cerrado.

#### A) *Rotura del escrito interior del testamento cerrado.*

Es corriente la afirmación de que, con mayor razón que la de la cubierta, la rotura —imputable al testador— del escrito interior revoca el testamento cerrado. Verdaderamente —aparte de que el artículo 742 no alude al supuesto— la afirmación sería razonable si no fuese prácticamente inútil, inutilidad por la que seguramente se explica su ausencia del artículo 742. En efecto, como es sabido, según dispone el artículo 707, 1.º, «el papel que contenga el testamento se

pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, *de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta*». Ahora bien, si para extraer el papel —presupuesto indispensable para poderlo romper a él sólo— es preciso romper antes la cubierta, y esta rotura es ya, de por sí, revocatoria, es evidente que —en contra de lo que pudiera parecer a primera vista— la posterior rotura del repetido papel, ya no es revocatoria, porque no puede revocarse lo revocado anteriormente.

Agotemos, aún, los supuestos pensables de rotura del papel independientemente de la cubierta:

(1.º Hay un absurdo: el de ponerlo, ya roto, dentro de tal cubierta. Esta que podríamos llamar, no sin cierta sorna, «revocación previa», sólo demostraría: A) Si la rotura procede del testador su falta de voluntad (seria) de testar; no sólo no habría revocación, que, aún por sola lógica, ha de ser posterior al testamento; sino que ni siquiera habría testamento. B) Si la rotura procede de otra persona, no alcanza a verse cómo el testador pueda encerrar en la cubierta su testamento sin percatarse de ello, o como, percatándose, no haga suya la rotura, que es tanto como romper por sí mismo; pero si aún, a fines de argumentación se admitiese el supuesto, no debería olvidarse —también exclusivamente a fines de argumentación— que no es revocatoria la rotura procedente de tercero. Claro que resultaría un tanto difícil probar que la rotura procede de éste.

2.º No queda sino un caso posible: el de que la rotura de la cubierta no haya sido revocatoria, por proceder de tercero o del testador inconsciente o involuntariamente; y, presupuesta dicha rotura, venga después el testador a romper, voluntariamente el pliego interior. Y en tal caso, no menos insólito que el anterior, ciertamente la revocación consistiría en la rotura realizada voluntariamente por el testador del mencionado pliego interior. Porque, para mí, éste es el único caso en el que el argumento de analogía sobre el artículo 742, es más fuerte que ninguna otra razón; o sea, quiere, el único caso en el que, por más que, por insólito, no lo contemple explícitamente el legislador en ese artículo, cae dentro de su espíritu. Pero, aún para quien rechazase la analogía o no quisiese admitir que el espíritu del artículo 742

fuese más allá de su letra, creo que habría, no obstante, revocación, por el siguiente razonamiento: para que haya revocación, no es necesario que rompa el testador, *materialmente por sí*, la cubierta del testamento; luego puede entenderse que el romper el pliego interior no es sino dar muestras de que hace suya la rotura de la cubierta; y así, existiendo ya el *corpus*, a partir de que se le une el *animus* deviene revocatoria esta rotura, porque sería como si encontrándose con la materialidad externa de una declaración, la utilizase, y, haciéndola suya, manifestase, con ella, su voluntad.

Y, vamos a ver la revocabilidad del ológrafo y del abierto.

### B) *Revocación real del ológrafo y del abierto.*

Ante todo hay una serie de razones contra ella:

1.<sup>a</sup> La ya vista, procedente de la relación entre los artículos 738-743: para revocar hace falta forma testamentaria, que no reúne la revocación real, revocación que por otro lado —y salvo el supuesto del testamento cerrado— no cae dentro de ninguno de los casos expresamente prevenidos en el Código, casos solamente en los cuales serán ineficaces las disposiciones testamentarias. Contra esto me parece rechazable la afirmación que pretende salvar el obstáculo del artículo 743 diciendo que se refiere a la invalidez jurídica, pero no a la de hecho.

2.<sup>a</sup> El formalismo del testamento, observado, como se observa, celosamente, en el otorgamiento, no se ve la razón por la que haya de dejarse de lado en la derogación de la última voluntad; máxime cuando tal derogación da paso a otra regulación de la sucesión; y cuando precisamente el formalismo se exige con vistas a evitar que sin él pueda alterarse la regulación sucesoria anterior.

Por eso yerra TRAVIESAS cuando (queriendo justificar la revocación real del testamento ológrafo y de abiertos anómalos) dice que es la voluntad del testador la que ha de prevalecer en materia testamentaria (como dispone el artículo 675



y que, por ello, la destrucción del testamento por el testador, debe ser revocatoria, ya que es normal en la vida, para manifestar voluntad contraria a una declaración escrita, destruir ésta. Olvida así TRAVIESAS que es jurisprudencia constante de nuestro T. S. que para la validez y eficacia de la voluntad en el campo en que estamos, no basta que se manifeste ni que sea conocida, sino que se requiere se halle revestida su **declaración** de la forma que la ley exige.

3.ª En definitiva, el decidirse por aceptar o no supuestos de revocación real no es sino adoptar una postura en el problema general de la *forma* para disponer *mortis causa*. Tal forma se exige como medio de asegurar la verdad de la expresión de voluntad, de garantizar la autenticidad del acto, y de rodear a éste de una seriedad y premeditación excepcionales; cosas todas ellas que se consideran necesarias. Ahora bien, si las razones para exigir la forma son acertadas, no se comprende cómo no se aplican al momento de deshacerlo hecho (el testamento), porque tanto valdría como guardar la puerta de entrada, pero no la de salida, por la que también puede entrar otra regulación de la sucesión *mortis causa*.

El decir que la revocación real, al evidenciar la voluntad revocatoria, debe ser admitida, no es sino decir que las razones para exigir la firma en las disposiciones *mortis causa* no son acertadas; y decir que, evidenciada, de forma indudable, la voluntad última, debería prosperar aún manifestada sin solemnidades. Además, es dar la impresión de que el pobre testador no tiene otras salidas para deshacerse de su testamento, cuando la realidad es que hay a su alcance medios revocatorios incluso mucho más seguros, puesto que nunca darán lugar a dudas ni discusiones sobre quién fuese el autor de la rotura.

Y, en todo caso, si alguien muere sin revocar, porque, por las razones que sea, sólo tuvo e su alcance, en la práctica, la revocación real; nos encontraríamos en su supuesto análogo al de que alguien muriese sin testar por culpa de las solemnidades que se exigen para ello. Tanto una cosa como otra han de ser asaz insólitas ante la variedad de formas testamentarias que el Código acoge, pero el hecho de que puedan acaecer, no justifica el cambio de sistema, porque

resultaría que los miles de casos que ofrece la vida diaria habrían de soportar los inconvenientes de otro sistema pensado para un caso de laboratorio.

Quiero decir ahora dos palabras encaminadas al testamento abierto, en particular.

La doctrina viene sosteniendo que no es revocable realmente, por una serie de razones tales como: 1.<sup>a</sup> No ser de esencia la escritura a esta clase de testamento (dicho esto para el testamento nuncupativo de nuestro Derecho histórico, ha seguido repitiéndose incluso después del Código); 2.<sup>a</sup> Quedar formando parte el original del protocolo notarial; 3.<sup>a</sup> Conocer el Notario y los testigos el contenido; 4.<sup>a</sup> No tener trascendencia la destrucción de la copia.

No voy a entrar en la cuestión de la validez de esas razones. Sólo me interesa advertir que los defensores de la revocación real deberían aceptar no sólo la posibilidad de revocar realmente algún testamento abierto anómalo (el en peligro inminente de muerte o en caso de epidemia, escritos), sino también la de revocar el abierto ordinario, puesto que si se trata de hacer patente el deseo revocatorio, creo que bien lo manifiesta el que asalta el protocolo notarial y recorre todos los rincones donde pudo quedar vestigio de su testamento para destruirlos. Claro que estaréis conmigo en admitir que tan brusca revocación tiene pocas probabilidades de extenderse, existiendo procedimientos mucho más cómodos. Pero —incluso— es que, si en la revocación real lo que debería importar es la voluntad manifestada a través de una conducta destructora, no veo porque no considerar revocado el testamento abierto cuya copia destruyese el testador, con ánimo revocatorio. Ciertamente, el original subsiste en el protocolo, pero el testador que destruye la copia hecha a su imagen y semejanza, porque no tiene aquél a mano, tampoco deja duda sobre su propósito. Si lo que se quiere es hacer prevalecer la voluntad —como hemos visto decir a los defensores de la revocación real, para aplicarla a casos no contemplados en el Código—, ¿qué más da que esa voluntad airada alcance o no al original? ; porque sería arbitrario pensar que sólo rompiendo el original puede mostrarse voluntad de revocar. Precisamente en un sistema en el que el cuerpo

(documento) tiene poca importancia y le sobrevive el alma (negocio), que puede encarnar de nuevo con la reconstitución, no se comprende que los defensores de la revocación real no afirmen que siendo ésta la muerte del alma, lo mismo da que le llegue a través de su cuerpo que de otra manera, porque muerta el alma en cualquier caso este cuerpo sólo será ya un cadáver.

Con respecto al ológrafo he de decir que a pesar de inclinarse por su revocabilidad real, no ya Códigos extranjeros, sino la doctrina dominante en España, me parece preferible negársela, por lo menos a base del artículo 742, que interpretado sistemáticamente, da más pie para el argumento *a contrario*.

El enternecedor ejemplo del testador que haciendo pedazos su testamento ológrafo lo arroja a la papelera, y luego recompuesto por un tercero, vale, en contra de todos los deseos del chasqueado testador, no es ejemplo que me decida a cambiar de opinión. Se me dirá que aún troceado hago el testamento inmortal. Y respondo que sí: sólo una revocación solemne acaba con él. Sin embargo, no se me negará que el testador que sin realizar ésta, quiera que su sucesión no la regule tal testamento ológrafo, tiene a su alcance muchos medios para no dejar rastro de él; y si es tan inocente que se expone a que lo reconstituyan, por dejarlo poco destruido; eso ya no es culpa del legislador.

#### IV.—ACTOS QUE CONSTITUYEN REVOCACION REAL

Debemos ver qué actos constituyen revocación real, no sólo pensando en la opinión segura, respecto al pliego interior del testamento cerrado y a su cubierta, sino también pensando en que se acepte la revocación real de otros testamentos: así, la del ológrafo.

Y, ¿qué actos constituyen revocación real?

Desde luego los enumerados en el primer párrafo del artículo 742. Pero, ¿y en el caso del ológrafo o del pliego interior del cerrado? En términos generales debe entenderse que cualesquiera actos con los que normalmente se inuti-

liza el documento, ya que esta inutilización debe tomarse como medio exteriorizador de la voluntad revocatoria respecto al negocio que tal documento ha servido para realizar; o, en otros términos, es revocatorio cualquier acto que tenga por objeto el documento y que en el tráfico valga como expresión de una voluntad contraria a su contenido. *A priori* no es posible enumerar exhaustivamente todos los posibles actos revocatorios, pero, sin duda, lo son, cuando se realizan por el testador consciente y voluntariamente, algunos como los siguientes: quemar el testamento, romperlo en pedazos o rasgar el escrito, tachar o borrar o raspar el cuerpo del mismo o aquellas partes que, siendo precisas, hacen referencia a su totalidad (como la firma), arrojarlo al agua o a algún otro medio destructor, arrojarlo arrugado a la papelera, etc.

Vengo diciendo que los actos han de ser realizados por el testador consciente y voluntariamente; y quiero ahora plantear la cuestión de si pueden ser ejecutados por persona distinta:

Siendo el testamento un acto personalísimo y no pudiendo dejarse al arbitrio de un tercero su subsistencia (artículo 670) es claro que la revocación (real) no puede dejarse al arbitrio ajeno; como si se dice al tercero: aquí tienes mi testamento, si quieres, déjalo subsistir, y si no revócalo, rompiéndolo.

Ante esto, teóricamente, hay que decir que el poder concedido al tercero es nulo, y que, si llega a romper el testamento, estaríamos frente a una rotura no revocatoria, por proceder de tercero. Ahora bien, una vez roto, la conformidad del testador con la destrucción acaecida, hay que entenderla como rotura procedente de él aunque no la haya ejecutado *materialmente*. Por lo cual tal rotura, desde que se adhiera a ella el testador, equivale a la que él pudiera haber efectuado.

Pero una cosa es que el testador no pueda dejar al arbitrio de tercero la revocación, y otra que no pueda utilizar a un tercero como ejecutor material —como instrumento— de la rotura, decidida completamente, sin la menor intervención extraña, por el testador (por ejemplo, enfermo im-

pedido que ordena a su enfermero acercarse a la mesa, coger un documento —que ni siquiera es preciso explicar lo que sea—, y romperlo). A este respecto, la sentencia de 8-VII-1940 contempló un caso —dudoso— de encargo de destrucción de testamento ológrafo.

O sea, el tercero puede intervenir como mano que rompe, pero no como cabeza que decide sobre la rotura o no; pero, aun reducida a *eso* su intervención, puede romper de verdad o abstenerse de ello. Ahora bien, el testamento no roto desobedeciendo la orden del testador, es válido, pues la revocación real consiste en la rotura efectiva, y no sólo en la orden de romper.

Por último, hay quien admite —como hace entre nosotros TRAVIESAS— hasta el encargo dado a un tercero por el testador, de destruir el testamento después de su fallecimiento.

Yo, particularmente, he de confesar, que así, tal como suena, ordenar la destrucción pura y simplemente para después del fallecimiento, me parece un tanto extraño, ya que, es explicable, desde el punto de vista *práctico*, por ejemplo ordenar la destrucción si concurren determinadas circunstancias, o bien, viendo el testador que se acaba su vida y no habrá posibilidad material de hacerse con el testamento antes de su muerte, ordenar que se le destruya, incluso después de ésta, si no puede ser antes; ahora bien, la que no acabo de ver qué fin específico y razonable persigue es la hipótesis de destrucción ordenada, sin más, *precisamente* para después de la muerte. De cualquier manera, si desde un punto de vista práctico, cabe pensar lo que acabo de decir, desde un punto un punto de vista teórico es posición inaceptable la que acoge la autorización o la orden de destrucción *post mortem*, ya que la revocación, y la revocación es la rotura y no la orden de romper, —como acto del testador— no es posible sino durante su vida, y cualquier destrucción posterior a la muerte debe considerarse obra de tercero, y, como tal, no revocatoria.

Lo que acabo de decir, me parece seguro en el caso de que la orden de rotura se dé sin observar las solemnidades testamentarias; pero puede ocurrir que sin otorgar nuevo testamento y ni siquiera una revocación explícita, el testador —en

la forma exigida para testar— ordene la rotura de su testamento, bien para antes de su muerte, bien para después de ésta.

Particularmente creo que tal testador habría de ser un tanto exótico, puesto que le sería mucho más cómodo y seguro revocar ya, o instituir sucesores bajo las condiciones necesarias para que lo fuesen o dejarasen de ser sólo en los casos que le apeteciera.

Pero, supuesto que un tan exótico testador existiera, creo que la orden de romper su testamento, dada en forma testamentaria, no es, desde luego, una revocación real —pues, como ya he dicho y repetido, sólo lo es la rotura efectiva— pero puede ser una revocación ordinaria, si realmente existe el ánimo directo de derogar en todo caso —y no necesariamente a través de la rotura— el testamento a que se refiere. Ahora bien, en definitiva, se trata de una *quaestio voluntatis*.

Además, ciñéndonos al caso de la rotura ordenada *post mortem* y sin ánimo revocatorio directo, hay que decir que si, adelantándose a lo mandado, el tercero que recibió el encargo de romper el testamento después de morir el testador, lo rompe antes, no hay, tampoco, revocación, ya que no la quiso el testador cuando era posible, y era imposible para cuando la quería.

Por último, es obvio advertir que si la rotura, para que sea revocatoria, ha de ser ejecutada por el testador consciente y voluntariamente, por lo que afecta a la realizada por tercero, la consciencia y la voluntariedad no se requieren en éste, pues, siendo mero instrumento, no empecé ni siquiera que ignore lo que realmente hace, de forma que, incluso si rompió el testamento en estado de demencia, habrá revocación.

## V. LA DESTRUCCION DEL TESTAMENTO, OMISION HECHA DE SU CAUSA

Visto lo que sea la revocación real, conviene ahora aludir a otra cosa: la destrucción del testamento, independientemente de su causa, es decir, proceda del testador, de un tercero o del azar. Y conviene hablar de ello porque, según una cierta

opinión, el testamento deviene inválido (o inútil o ineficaz: no quiero ahora entrar en la diferencia de conceptos motivadora de una u otra terminología) cuando se destruye, por este hecho de la destrucción en sí, omisión hecha de su causa.

De ser cierta tal opinión, habríamos perdido el tiempo, estudiando la revocación real, ya que carecería de individualidad, siendo sólo una de las maneras de llegar a la invalidez por destrucción.

Ahora bien, es lo cierto que dicha opinión se halla extendida sobre todo en países en que, como Francia, la ley no recoge, al menos explícitamente, la llamada revocación real.

Cuando un testamento —dice SAVATIER— ha sido destruido materialmente, viviendo el testador, éste muere intestado, y sus bienes deben ir a parar a sus herederos abintestato.

Los tribunales y la doctrina explican a menudo esto por una pretendida revocación que el causante habría hecho, destruyendo su testamento; pero esa razón no es buena, porque el artículo 1.035 (del Código francés) enumera limitativamente los medios de revocar un testamento y no ha incluido entre ellos su destrucción. Y hay que tener en cuenta que este texto es de interpretación estricta: el formalismo del testamento no concierne solamente a la expresión de las últimas voluntades, sino también a su revocación.

En realidad la razón por la cual el testamento destruido antes de la muerte del testador, no puede producir efecto es porque ya no existe.

Por consiguiente, su destrucción debe tener los mismos resultados haya sido producida por el testador, por un acontecimiento fortuito o por un tercero.

Además, a la destrucción completa del testamento hay que asimilar los desperfectos que harían irregular la parte subsistente; como por ejemplo la supresión de la firma o de la fecha en un testamento ológrafo.

Esta doctrina de la invalidez por destrucción, la creo inaceptable, al menos para nuestro Derecho, porque tal destrucción, lo mismo sea posterior que anterior a la muerte del testador, puede remediarse, mediante la reconstitución, que si se puede entender que, normalmente, carecería de interés mientras que aquél vive, es evidente que lo tiene —y mucho—

aplicada después de su muerte al testamento que se destruyó antes o después de ésta.

La eficacia o, si se quiere, la validez de un negocio debidamente otorgado, no depende de la conservación del material que lo instrumenta.

No voy a insistir, ahora, en cosas sobradamente conocidas; sólo quiero poner de relieve que para mí el negocio sobrevive al documento (salvo, naturalmente, que la muerte se dé al documento por quien, pudiendo disponer del negocio, quiera precisamente destruir —cuando ello es legalmente posible— éste a través de aquél). El negocio, repito, sobrevive al documento, ya que es inexacto pensar que aquél consiste en *voluntad* y en *declaración*, y que, siendo ésta el documento, con su desaparición viene a faltar un elemento al negocio que, por ello, no puede subsistir. Diferentemente, lo exacto es que el negocio implica, no dos elementos (dejemos ahora otros posibles): voluntad y declaración, sino *un* elemento: *declaración de voluntad*, y que esta declaración de voluntad, una vez emitida en la forma necesaria, ya *permanece*, porque no se puede destruir *el hecho de haberla redlizado* —que es lo que importa, y dió vida al negocio—.

Además, la posibilidad de reconstruir el documento testamentario —que el negocio no necesita reconstitución—, por un lado tiene apoyo, aunque no sea para el testamento en general, en el artículo 280 del Reglamento Notarial, aparte del que supone —yo creo que lo supone— el artículo 742 del C. c., y de que nada se opone a la admisión de la reconstrucción del ológrafo, pues cosa muy distinta es que se sea riguroso en cuanto a los medios de llevarla a cabo.

En conclusión, siendo reconstituíble el documento, y, por tanto, no necesariamente inútil (o ineficaz, si se quiere), el testamento destruído, la revocación real no es inoperante porque por lo menos sirve para que el testamento que voluntariamente se destruyó —en los límites en que se admita tal revocación— por su autor, no sea válido aunque fuese reconstituíble y aunque de hecho se reconstituya.

Indudablemente hay una serie de interesantes problemas, imposibles de abordar, que la práctica puede presentar en la relación revocación real —destrucción del testamento—.



Dejándolos, he de limitarme a sentar que cuando se admite la reconstitución, aparte de las dificultades prácticas, en puridad de principios, la destrucción no es un obstáculo insoslayable para la validez del testamento ni para su eficacia; salvo la destrucción constitutiva de revocación real. Es como si —a la vista de nuestra ley— dijéramos: la destrucción no importa, excepto en el supuesto revocatorio del artículo 742. Por el contrario, si fuese cierto que con la destrucción muere el negocio testamentario, habría que reconocer que la única excepción a esa regla sería el artículo 742 en su otra cara: cuando se prueba que el desperfecto no procede del testador.

Pero tal cosa no es cierta, y, por no serlo, son desafortunadas las afirmaciones demasiado generales de la Sentencia de 5 de junio de 1925 que, siendo acertadas en la resolución del caso planteado, sin embargo, fue más allá de donde debía, al decir, refiriéndose al testamento ológrafo, que no basta la demostración de que cuando se otorgó se llenaron todos los requisitos debidos, sino que es necesario se encuentre en dichas condiciones —es decir, reuniendo todos los requisitos— en el momento de ser presentado a la autoridad competente para su adveración y protocolización.

Afirmaciones, las de la anterior sentencia, que tengo la certeza hubieran sido muy otras si, por ejemplo, en el caso que resolvió, se hubiese probado: 1.º Que el testamento ológrafo se encontraba en poder de aquellos a quienes perjudicaba. 2.º Que el documento manuscrito presentado procedía todo él del testador y reunía todos los requisitos de dicho testamento ológrafo, salvo el de la firma que fue borrada. 3.º Que el hecho de haberla borrado no procedió del tador. 4.º Que, sin embargo, en un principio, la firma existió a pie del documento, y era la del testador.

MANUEL ALBALADEJO

CATEDRÁTICO  
UNIVERSIDAD DE BARCELONA